Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

XI.

Bemerkungen zu der Lehre der erwerbenden Verjährung der Grunddienſtbarkeiten*), inſonderheit über den hierzu erforderlichen Beweis, unter Vergleichung des römiſchen, preußiſchen, franzöſiſchen und baieriſchen Rechtes.

Von dem
Freiherrn v. Seckendorf, Staatsrath und
Präſidenten zu München.

Die Lehre von der erwerbenden Verjährung findet ſich mit größerer oder geringerer Ausdehnung in den Geſetzgebungen aller wohl organiſirten Staaten; und es ſind wohl zwey Hauptgründe, welche derſelben dieſe allgemeine geſetzliche Aufnahme verſchafft haben; nämlich: 1) das allgemeine Intereſſe der Staatspolitik, dem Beſitzſtande Sicherheit und Ruhe, als die weſentliche Bedingung zur Erhaltung des innern Rechtsfriedens, zu gewähren, und dann 2) das hiermit ſich vereinende ſtaatswirthſchaftliche Intereſſe, daß das Ei-

*) Vorzüglich gehören für das gem. Recht hieher: *Galvanus*, de usufr. Cap. 12. *Otto*, de usucap. servitutum — in ejus Coll. Diss. Traj. ad Rh. 1728. *Walch*, Diss. de praesc. serv. constitut. Jenae 1797. Thibaut, über Beſitz und Verj. Thl. 2. §. 14. ff. vergl. m. ſ. Syſt. des Pandektenrechts §. 1031. Dabelow, über die Verjährung, Thl. 1. §. 2. ff. Unterholzner, die Lehre von der Verjährung, Bresl. 1815. §. 5. 45. 52. *Stever*, de servit. praediorum. P. 1. Rost. 1817. Cap. 7. (Siehe auch v. Löhr, Magaz. f. Rechtswiſſ. Bd. 3. Hft. 1. Nro. 5. Zimmern, in den römiſch-rechtlichen Unterſuchungen für Wiſſenſchaft und Ausübung, von Neuſtetel und Zimmern, Abh. V. Heidelberg 1821. G.)

genthum nutzbringender Sachen im Staate nicht lange Zeit, oder immer, ungewiß bleibe [1]).

Dieſes letztere aber — ſehr rückſichtswerth bei der Erwerbung des Eigenthums — ſteht der Erwerbungsart anderer dinglichen Rechte auf fremdes Eigenthum, oder, wovon hier eigentlich die Rede iſt, den Grund-Dienſtbarkeiten, nicht eben ſowohl zur Seite. Denn daß jede nutzbringende Sache nicht zu lange ohne Beſitzer bleibe, welcher ſich als den ſichern Eigenthümer derſelben anſehen könne, dieß kann allerdings dem Staate, welchem an möglichſt nutzbarer Verwendung aller ihm zur Dispoſition gegebenen Kräfte gelegen iſt, nicht gleichgültig ſeyn; daher hat er das Mittel der erwerbenden Verjährung, welches dem langjährigen Beſitze die Sicherheit des Eigenthums gibt, durch ſeine poſitiven Geſetze ſanctionirt. Ob aber ein Grundſtück dem andern diene, blos zum Behufe eines vortheilhaftern oder bequemern Gebrauchs des letztern diene [2]), darauf erſtreckt ſich das Staats-Intereſſe wenigſtens ſo unmittelbar nicht; es dürften überall keine ſolche Dienſtbarkeiten exiſtiren, ohne daß dieſes Intereſſe weſentlich gefährdet würde, ja manchen ſteht daſſelbe aus dem Geſichtspuncte der Cultur ſogar entgegen. Sonach fällt ein Hauptgrund, welcher der Verjährung als einem Mittel zur Erwerbung des Eigenthums das Wort redet [3]), bei der Erwerbung der Grund-Dienſtbarkeiten offenbar hinweg.

Tritt aber nicht das zuerſt angeführte allgemeine politiſche Intereſſe an der Erhaltung der Sicherheit eines langjährigen Beſitzſtandes überhaupt auch für die Erwerblichkeit von Servituten durch langen Beſitz ein? — Sollte dem Staate nicht eben ſo ſehr, als an der Ungeſtörtheit des Eigenthums-Beſitzes, daran liegen, den Beſitz ſolcher Berechtigungen, in welchem man ſich Jahre lang ruhig befunden, nicht durch verſpätete Anfechtungen ſtören zu laſſen? Wird mithin die Ausdehnung des geſetzlichen Erwerbungsmittels der Verjährung auch auf Grunddienſtbarkeiten nicht gleich-

---

1) Bono publico usucapio introducta est, ne scilicet quarundam rerum diu, et fere semper, incerta *dominia* essent rel. L. 1. ff. *de usurpat. et usucap.*

2) Von den ſogenannten nothwendigen Servituten und deren Erwerbung iſt dieſen Orts nicht die Rede.

3) L. all. 1. Note 1. Ueber dieſe Stelle vergl. man inſonderheit Unterholzner, a. a. O. §. 2. S. 29.

falls ein zweckmäßiges Mittel werden, durch die Sicherung des Besitzstandes überhaupt die Quelle mannigfacher Streitigkeiten zu verstopfen?

Alle diese Fragen müßten unbedenklich bejaht werden, wenn nur der Besitz eines angeblichen Servituts-Berechtigten einen so bestimmten Charakter hätte, als der Besitz desjenigen, welcher sich als Eigenthümer einer Sache gerirt. Ein eigentlicher Besitz kann nur bei körperlichen Dingen gedacht werden [4]. Hier drückt sich deutlich der Aneignungs-Anspruch des Besitzenden aus, oder, wie Savigny sagt [5]: „der wahre Besitz besteht in der Ausübung des Eigenthums. Man besitzt aber immer nur die Sache (possessio corporis), nicht das Eigenthum. Wenn man nun in der Folge auch einen Besitz von unkörperlichen Dingen (*quasi* possessionem) nachgebildet hat, gleich als wenn solcher ebenfalls in der Ausübung eines andern dinglichen Rechts bestehe, so sollte dennoch hier von einem Besitze der Servitut die Rede nicht seyn. Der Gebrauch dieses Ausdruckes ist also immer sehr uneigentlich, und nur in der Verlegenheit gewählt, weil kein anderes Wort sich findet, an welches wir hier den Besitz der Servitut knüpfen könnten, so wie er im Eigenthume mit dem Besitze der Sache verknüpft ist.“ Allein eben durch diesen Mangel eines kennbaren Substrats des sogenannten Quasi-Besitzes wird und muß dieser Begriff in der Anwendung immer schwankend bleiben.

Wenn bei dem eigentlichen Besitze, abgesehen von dem animus possidendi, rücksichtlich der nothwendigen Thatsache hinreicht, daß sich der Besitzer immer in der Lage zur Sache befindet, in welcher es jedesmal nur von seiner Willkühr abhängt, über dieselbe zu disponiren, so genügt bei dem Quasi-Besitze die bloße Ausübung von Handlungen auf dem fremden Eigenthume noch nicht, um den Quasi-Besitz einer Servitut zu begründen, sondern man muß jene Handlungen, und zwar insbesondere gegen den Eigenthümer, als vermöge eines Rechtes ausgeübt haben, und dabei überzeugt seyn, man habe dieses Recht, so daß mit dem animus possidendi auch bona fides sich vereinigt [6], wenn man für den Besitzer einer Servitut im rechtlichen Sinne gelten will.

---

4) Possideri autem possunt, quae sunt *corporalia*. L. 3. pr. ff. de acq. vel am. poss.

5) Recht des Besitzes, Abschnitt 1. §. 12. S. 172.

6) L. 1. §. 10. et 19. ff. de aqua cott. Unterholzner, a. a.

Wie ſchwankend und ungewiß wird aber hierdurch der Charakter eines ſolchen Beſitzes! — wie ſchwer wird es in den meiſten Fällen ſeyn, aus der Handlungsweiſe eines angeblich Berechtigten auf die Meinung, in welcher er gehandelt, mit Sicherheit zu ſchließen, und wie wenig wird ſonach im Allgemeinen der wohlthätige Zweck der Verhütung von Streitigkeiten durch die Erhebung dieſes zweifelhaften Beſitzes zu einem Erwerbungsmittel der Dienſtbarkeiten erreicht werden!?

Dieß ſcheint denn auch der Grund geweſen zu ſeyn, warum die Ausdehnung dieſes Erwerbmittels auf die Beſtellung von Servituten ſchon bei den Römern anfänglich ſich nicht recht erhalten wollte, vielmehr durch ein ausdrückliches Geſetz, die lex Scribonia, als unzuläßig verworfen wurde. Denn ſo ſpricht der ſcharfſinnige Rechtsgelehrte Paulus hierüber: „Servitutes praediorum rusticorum, etiam si corporibus accedunt, incorporales tamen sunt et *ideo* usu non capiuntur: vel *ideo, quia sunt servitutes, ut non habeant certam continuamque possessionem*, — idem et in servitutibus praediorum urbanorum observatur“ 7).

D. §. 51. S. 330. Thibaut, über Beſitz und Verjährung. Thl. 1. §. 16. Bisweilen muß auch, in Beziehung auf die Interdicte, der Beſitz, d. h. die Ausübung des Rechts, noch beſonders qualificirt ſeyn. v. Savigny, a. a. O. Abſchn. 5. §. 46.

7) L. 14. ff. *de servitutibus.* Einen andern Grund und Zweck der lex Scribonia führt jedoch Stever, a. a. O. S. 262, ſehr ſcharfſinnig aus. Er ſtellt nämlich die Meinung auf: Zur Zeit der bürgerlichen Unruhen, wo jeder nach Willkühr um ſich griffe, ſey es beſonders nöthig geweſen, die Verjährung der Servituten aufzuheben, und aus dieſen Verhältniſſen wäre das Geſetz hervorgegangen. Im Zuſammenhang mit ſeiner Anſicht von der lex Scrib. gibt Stever auch der L. 14. all. eine ganz eigene Deutung, und verwirft die von Paulus angegebenen Gründe, mit dem Zuſatz: „derſelbe habe eben das Geſetz vertheidigen wollen, ohne daß deshalb ſeine Gründe ſtichhaltig wären, oder er ſie ſelbſt dafür gehalten habe.“ Aber — ſollte Paulus ſo etwas über ſich vermocht, und ihm bekannte hiſtoriſche Gründe nicht einmal berührt haben? — Es erfordert dieſes wenigſtens einen ſtarken Glauben! —

Indeſſen machte ſich doch das frühere Recht gegen die lex Scribonia allmählig wenigſtens dahin geltend, daß, wie in andern Fällen, in welchen die *usucapio* ausgeſchloſſen war, die *praescriptio* longi temporis eintreten konnte, welche dann endlich auch in Anſehung der Zeit eine beſtimmtere Sanction erhielte [8]).

Ueber die Frage, welche ſich dabei ergibt: ob wohl justus titulus zu dieſer Verjährung nöthig ſey oder nicht? [9]) will ich meine Anſicht nicht weitläufig vortragen. Große Namen ſtehen auf jeder Seite der Streitenden, und die Aufzählung der gegentheiligen Gründe und ihre Widerlegung würde für meinen Zweck zu weit führen. Nur des Zuſammenhangs wegen ſo viel in Kürze. Es kann nicht beſtritten werden, daß zur Zeit, als die praescriptio longi temporis bei den Servituten angewendet wurde, und dieſe praescriptio noch nicht nach Jahren beſchränkt war, ein justus titulus nicht erforderlich geweſen iſt [10]). Durch Conſtitutionen ward nachher die Zeit von 10 Jahren inter praes. und von 20 Jahren inter absentes zur Verjährung feſtgeſetzt; d. h. in den Conſtitutionen [11]) finden wir zuerſt dieſe Veränderung. Mehr iſt uns über die Geſchichte derſelben nicht bekannt. Da nun bei dieſer Neuerung nirgends ein just. tit. als erforderlich erklärt iſt, Juſtinian vielmehr das alte Recht in die Pandekten aufnehmen ließ, ohne irgendwo auf eine Abänderung aufmerkſam zu machen, ſo müſſen wir alſo nach dem Zuſammenhange der Juſtinianäiſchen Rechtsbücher wohl annehmen: „das alte Recht ſey ſtehen geblieben“, woraus ſich dann von ſelbſt ergibt, daß das Erforderniß eines Rechtstitels geſetzlich ſich nicht annehmen laſſe [12]).

Alles kommt daher bei der Verjährung der Servituten auf den Quaſibeſitz an, welcher die beſtimmte Zeit von resp. 10, resp. 20 Jahren fortdauern muß. Darum iſt es vor allem wichtig, genau zu unterſuchen, welches die wahren

---

8) Durch die L. 12. Cod. *de praesc. longi temp. X. vel XX. an. 7. 33.*

9) Bekanntlich veranlaßte dieſe Frage ſehr verſchiedene Meinungen.

10) L. 10. pr. ff. *si serv. vindic.* L. 5. §. 3. ff. *de itin. act. priv.*

11) L. 1. et 2. Cod. *de servit. et aqua*, et L. 12. in fin. Cod. *de praescript. l. tempor. 10 vel 20 ann.*

12) *Vinnius*, sel. quaest. Lib. 1. Cap. 31. Unterholzner, a. a. O. §. 52. Nro. 4. Note p.

und gesetzlichen Kennzeichen der Handlungen sind, die einen solchen Quasibesitz constituiren?"

Daß nun hiezu in Ansehung des Factums die bloße, wenn auch wiederholte, Ausübung einer Handlung auf einem fremden Grundstücke, oder gegen dasselbe, nicht hinreiche, ist oben schon im Allgemeinen erinnert worden. Eine solche Handlung an sich, so wie sie ohne rechtliche Ansprüche auftritt, ist auch durchaus ohne alle rechtliche Consequenz, und, so wie sie einzeln keine rechtliche Folgen hat, so kann auch deren Wiederholung, mag sie noch so häufig seyn, dergleichen nicht hervorbringen. Die Beruhigung des Eigenthümers bei solchen Handlungen eines Dritten kann keinen andern Nachtheil für ihn haben, als etwa die Entschädigungsansprüche für den daraus ihm zugefügten Schaden auszuschließen, sofern die gesetzliche Zeit zur Anstellung einer deshalbigen Klage verflossen ist. Eine verbindliche Norm für die Zukunft kann ihm dadurch nicht auferlegt werden; denn aus der fremden Handlung an sich konnte er nicht wahrnehmen, daß die Einführung einer dauernden Norm hierunter beabsichtigt werde; es kann demnach sein Stillschweigen dabei nicht als eine Einwilligung für alle Zukunft gelten [13]). Zur Rechtfertigung dieser Schlußfolge wird vielmehr eine solche Ausübung einer Handlung in einem fremden, oder gegen ein fremdes Grundstück erfordert, daß dessen Eigenthümer daraus entnehmen konnte, man wolle sich diese Ausübung als ein Recht anmaßen [14]); denn nur unter dieser Voraussetzung ist

1) auf der Seite des Handelnden diejenige opinio juris vorhanden, von welcher die bezogene L. 25. ff. 8. 6. spricht, und welche schon darum nöthig ist, weil sie den guten Glauben [15]) bedingt, wovon die Verjährung einer Servitut, wie jede andere, ausgehen muß;

2) und hauptsächlich kann auch nur bei einer solchen Beschaffenheit der Handlung des Quasibesitzers dem Eigenthümer, wider welchen verjährt werden will, in der gedul-

---

13) Invitum in servitutibus accipere debemus non eum, qui *contradicit*, sed eum, qui *non consentit*. L. 5. ff. de serv. praed. urb.

14) Servitute usus non videtur nisi is, qui *suo* jure se uti credidit. L. 25. ff. quemad. serv. amitt. Vergl. a. L. 7. ff. de itinere actuque privato.

15) „bono initio possessionem tenentis." L. 12. Cod. *de praeser. Cong. temp. 10 vel 20 ann.*

digen Ertragung (patientia) oder Beruhigung bei derſelben, welche hier die Stelle eines Rechtstitels vertritt [16]), eine ſolche Nachläßigkeit in der Wahrung ſeiner Gerechtſame imputirt werden, welche mit deren Verluſt gleichſam beſtraft zu werden verdiente.

Es iſt mithin vor allem erforderlich,

a) daß die Ausübung nec vi, nec clam, nec precario geſchahe; indem alle dieſe Qualificationen des Gebrauchs mit der Behauptung, „daß man ſich deſſen als eines Rechts bedient habe," in Widerſpruch ſtehen, und zugleich das weſentliche Erforderniß jeder Verjährung, die bonam fidem, ausſchließen würden.

Die L. 10. ff. si serv. vind., welche als eine claſſiſche Stelle über dieſe Materie anzuſehen iſt, legt daher demjenigen, welcher durch langjährigen Gebrauch eine Servitut erworben haben will, zur Begründung ſeines Anſpruchs durch die Worte: *ut ostendat*, den Beweis ausdrücklich dahin auf: per annos forte tot usum se, *non vi*, *non clam*, *non precario* possedisse [17]).

---

16) L. 1. in fine ff. de serv. praed. rust.

17) S. Glück's Erl. d. Pand. Bd. X. §. 687. S. 254. A. M. iſt Dabelow a. a. O. §. 48. 29.

Die Redaction erlaubt sich hier die Bemerkung, daſs der Streit darüber: ob der Beſitzer beweisen müsse," er habe die Beſitzhandlungen nicht gewaltsam und nicht heimlich ausgeübt," oder ob des Beklagten Antwort: „der Kläger habe *vi* oder *clam* beſeſſen," die Grundlage eines directen oder indirecten Gegenbeweises wende?" für die Praxis so ziemlich fruchtlos seyn möchte. Der Kläger muſs allerdings, und zwar speciell, anführen und beweisen: daſs — wann — und wie — er die einzelnen Beſitzhandlungen ausgeübt habe; aus diesem speciellen wann und wie aber folgt von ſelbst, welcher Natur die Handlung sey — ob man sie gewaltsam oder heimlich nennen könne, oder nicht. Dieses gehört dann lediglich zu der Reflexion und Beurtheilung des Richters. Findet dieser an den bewieſenen actus possessionis die Merkmale der äuſsern Ruhe und der Oeffentlichkeit, ist hierdurch der Richter moralisch überzeugt," scivit dominus et passus est", so spricht er aus: ostendit actor, se *non vi* et *non clam* possedisse. Wenigstens ist hierzu hinreichend, wenn die Zeugen aussagen: sie hätten keine Gewalt, keinen Widerspruch

Nun möchte es zwar ſcheinen, und die gemeine Praxis folgt auch meiſtens dieſem Geſichtspunkte, daß nach der allgemeinen Rechtsregel: ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat [18]), derjenige, welcher einmal die Ausübung gewiſſer Handlungen zugegeben, den vorgeſchützten Qualificationsmangel derſelben zu erweiſen habe, und den Verjährungsluſtigen den Beweis eines fehlerfreyen Beſitzes, als einer Negative, nicht zumuthen könne. Allein der qualificirte Beſitz iſt dasjenige, was der, welcher eine Grundgerechtigkeit durch Verjährung erwerben will, affirmirt, und alſo beweiſen muß [19]), was aber durch das bloße jenſeitige Geſtändniß der Ausübung einer Handlung an ſich noch lange nicht für zugeſtanden zu erachten [20]), und eben ſo wenig durch die bloße Nachweiſung: „daß überhaupt dergleichen Handlungen vorgenommen worden,“ für erſchöpft anzunehmen iſt. Zudem ſtellt die Abweſenheit der beiden erſten Qualificationsmängel, der Gewaltſamkeit nämlich und der Verheimlichung, eben ſowohl poſitive Beſchaffenheiten der behaupteten Beſitzhandlungen, nämlich die Friedlichkeit und Oeffentlichkeit dar, welche nicht minder eines Beweiſes fähig ſind, als die Vornahme der Handlun-

---

des Beklagten, keine Verheimlichung des Klägers, bemerkt.“ Im Grunde iſt dieſes aber nur ein, der Regel nach nichts- und dennoch hier voll-beweiſendes, *nescio* der Zeugen. Behauptet nun der Beklagte ſpecielle Thatſachen, aus deren Wahrheit die Gewaltſamkeit oder Heimlichkeit hervorgehen ſoll, ſo iſt dieſes die Grundlage eines ſolchen Gegenbeweiſes, welcher die Natur eines directen und indirecten zugleich in ſich vereiniget Archiv für die civil. Praxis, B. 1. p. 276. f. Note *. Von dem Beweis des *non precario* unten Note 22. G.

18) L. 2. ff. de probat.

19) Probandum primo, semet actus possessionis ejus servitutis exercuisse seu in possessione vel quasi istius servitutis fuisse et quidem tali, quae qualificata seu congrua sit isti juri, quod praescriptum fuisse contenditur, — — tertio actus illos exercitos fuisse jure servitutis seu ea mente et modo, quod utentes in alieno fundo servitutem se habere, ideo facere existimarent. *Mevius*, in Decis. P. IX. Dec. 165. Auch läßt ſich hier anwenden, was in dieſem Archiv B. 1. S. 256. ff. von dem Beweis einer negativen Behauptung ausgeführt worden iſt.

20) Conf. Cod. Bav. jud. C. XII. §. 1. No. 10.

gen selbst [21]). Was aber den dritten der obenerwähnten Qualificationsmängel, die precarische Qualität [22]) der angeblichen Besitzhandlungen, betrifft, so scheint deren Nichtexistenz freilich auf einer reinen, keines Beweises empfänglichen, Negative zu beruhen, welche sonach allerdings dem Eigenthümer den Beweis zuwälzen dürfte: „daß um die Erlaubniß ausdrücklich nachgesucht, und die Verstattung demnächst auf Widerruf gestellt sey.“ Doch auf der einen Seite läßt sich auch eine Negative beweisen, und muß bewiesen werden, sobald das Nichtseyn einer Thatsache als Grund des Daseyns eines Rechtes und einer Verbindlichkeit aufgestellt wird [23]), so daß hierbei auch die Schwierigkeit der Beweisführung das beweispflichtige Subject von der Beweislast nicht befreit [24]), und auf der andern Seite ist der Begriff eines precarii durch vorangegangene ausdrückliche Vergünstigungen nicht einmal nothwendig bedingt; vielmehr läßt sich auch eine stillschweigende d. h. aus der Art der Ausübung und aus den Umständen, unter welchen solche zugelassen worden, hervorgehende Vergünstigung denken, und muß wohl in der Regel sogar vermuthet werden, *quia nemo suum jactare*

---

21) Die Redaction erlaubt sich auch hier, auf den Zusatz zu der Note 17) pag. 89. f. hinzudeuten.

22) Mehr Schwierigkeit, als das: *non vi*, *non clam* (Note 17.) macht wirklich das: *ostendere*, „*non precario se possedisse*.“ Allein auch hier erheischt das Gesetz durch das allgemeine Wort *ostendere* (nicht probare) keinen directen Beweis einer solchen Negative, in Rücksicht auf welche man wirklich sagen könnte: negantis factum per rerum naturam nulla est *directa* probatio. Cap. 23. X. 1. 6. Auch hier also folgt das *ostendere* aus der Beschaffenheit der bewiesenen, einzeln, lange Zeit hindurch wiederholten, Besitzhandlungen. Wäre dem nicht also, so würden die Gesetze nicht auf eine besondere Regheit des domini hindeuten, bemerkt dieser, dass sein Eigenthum ein Anderer mitbenützt, und will er dessen Besitzhandlungen die Verjährungskraft benehmen. G.

23) M. s. d. Archiv für die civ. Praxis, B. 1. S. 256. ff.

24) L. 23. pr. Cod. de testibus. L. 5. et 13. Cod. de fide instr. *Mevius*, l. c. P. 8. dec. 321. Auch bleibt ja immer die Zuflucht zur Eideedelation rechtsmöglich. Nov. 73. Cap. 4. 7. et 9.

praesumitur [25]), und weil nicht vorauszuſetzen iſt, daß jemand durch die Zulaſſung einer Handlung, die nicht laut unter Rechtsanſprüchen auftritt, ſich mit einer zeitlichen Beſchränkung ſeines Eigenthumsrechtes eine ewige Verbindlichkeit habe aufladen wollen.

b) Die römiſchen Geſetze begnügen ſich daher auch keineswegs mit der Abweſenheit jener Qualificationsmängel, um den Beſitz einer Servitut zu begründen, ſondern ſie verlangen dabei ausdrücklich eine ſolche Stellung des Handelnden, aus welcher hervorgehe, daß er auch im Falle eines Widerſpruchs fortfahren würde, zu handeln. Sehr ſchön ſpricht daher *Celsus:* Si per fundum tuum nec vi, nec clam, nec precario, commeavit aliquis, non tamen *tanquam id suo jure faceret, sed si prohiberetur, non facturus*, inutile est ei interdictum de itinere actuque [26]). Es iſt zwar in dieſem Fragment nur von der Untauglichkeit ſolcher Handlungen zur Begründung eines gültigen und manuteniblen Beſitzes die Rede; wenn aber nicht einmal ein poſſeſſoriſches Rechtsmittel auf dergleichen Handlungen gegründet werden kann, ſo mögen ſolche um ſo weniger zur Verjährung und einer petitoriſchen Klage hinreichen [27]).

Um alſo eine Servitut im geſetzlichen Sinne zu beſitzen, und durch einen lange fortgeſetzten Gebrauch ſich anzueignen, muß eine ſolche Beſchaffenheit der in dieſem Zeitraume ausgeübten Handlungen nachgewieſen ſeyn, woraus die Ausübung derſelben in der Meinung eines dazu vorhandenen Rechts

---

25) Aus dieſer allgemeinen Regel, wie ſolche in L. 25. Dig. de prob. aufgeſtellt iſt, könnte man auch gerade das Gegentheil beweiſen, nämlich: „daſs derjenige, welcher geſchehen läſst, daſs auf deſſen Grund und Boden ein Anderer Nutzungshandlungen ausübe, dieſes wohl ſo lange Zeit hindurch nicht dulden würde, hätte jenes nützende Subject kein Recht dazu.“ Eben deshalb ſoll ja der, von welchem das Geſetz vermuthet, „er beabſichtige nicht, ſein Recht aufzugeben,“ die Beweislaſt dann übernehmen, wenn er etwas thut (gleichviel, ob omiſſiv, oder commiſſiv), was die Anerkennung einer Zwangsverbindlichkeit äuſſerlich ausſpricht. L. all. 25. Dig. 22. 5. G.

26) L. 7. ff. de itinere actuque privato. Vergl. a. L. 25. ff. quemadmodum ſervitutes amittuntur.

27) Savigny, Recht des Beſitzes. Abſchn. 1. §. 7. S. 65.

auf der einen, und eben darum die Beruhigung dabei, als eine Verbindlichkeit auf der andern Seite, gefolgert werden kann.

So leicht nun eine solche Qualification der Besitzhandlungen bei stätigen und augenfälligen Dienstbarkeiten, zumal, wenn zu deren Ausübung gewisse Vorrichtungen und Anstalten erfordert werden, erweislich gemacht werden mag, und wohl zu vermuthen ist, so schwierig wird dieser Beweis bei allen übrigen Gattungen von Dienstbarkeiten, und so wenig streitet hier eine Vermuthung für die Ergänzung des erforderlichen Beweises. Der Nachbar z. B., der eine Wasserleitung durch seines Angränzers Grundstück führt, gibt deutlich genug zu verstehen, daß er ein sicheres Recht zu dem Aquäduct zu haben vermeine, da er auf die Gefahr eines Widerrufs sich die Kosten nicht wohl gemacht haben würde, und der Eigenthümer, welcher eine so augenfällige Anmaßung ruhig angesehen und dieselbe nicht zeitig abgemahnt hat, unterwirft sich der Vermuthung, daß er dem Gegentheile eine Befugniß dazu habe einräumen, und denselben nicht zu Kosten von zweifelhaftem Nutzen habe verleiten wollen. Das Gesetz konnte daher allerdings im Allgemeinen verordnen: Si aquam per possessionem Martialis eo sciente duxisti servitutem exemplo rerum immobilium tempore quaesisti" [28]). Auch kann der Besitz, von welchem die Verjährung ausgeht, in diesem Falle keinen Anlaß zu Zweifeln geben, da er immer auf einer dauernden Anstalt beruht, durch deren Daseyn das Recht wirklich ausgeübt wird. Wenn z. B. von dem jus tigni immittendi die Rede ist, so hängt der Quasibesitz desselben lediglich davon ab, ob die immissio wirklich vorhanden ist, oder nicht [29]); es wird die Servitut zugleich mit der Hauptsache besessen [30]). Im Fall dagegen ein Nachbar öfters durch mein Grundstück geht oder fährt ꝛc., mag dieß auch öffentlich, friedlich, und ohne daß er mich je darum ausdrücklich ersuchte, geschehen seyn, so kann ich diese Handlung, fofern solche für mich unbedeutend, für jenen aber so wenig mit einem besondern Aufwande, als mit irgend einer, eine fortdauernde Ausübungs-Absicht andeutenden Anstalt verbunden ist, wohl ruhig

---

28) L. 2. C. de serv. et aqua, et L. 10. all. ff. Si serv. vind.

29) — sic quasi facto quodam possideo. L. 20. pr. ff. de serv. praed. urb. Savigny, Recht des Besitzes. Abschnitt V. §. 46. S. 398.

30) *Savigny* l. c. §. 47. p. 504.

geſchehen laſſen, ohne eine Meinung des andern, daß er ſich hierunter eine Befugniß anmaße, zu ahnen [33]), wenn er ſelbige nicht etwa laut dabei erklärt hat [34]). Die Erwerbung ſolcher Servituten durch langen Gebrauch wird mithin nach

---

31) L. 7. all. ff. de itin. actuq priv.

32) Es spannt der Hr. Verf. die Strenge des Beweises doch offenbar zu hoch. Die L. 7. Note 31. all. sagt im Grunde nichts weiter, als die bekannte Regel: dafs ohne animus possidendi ein juristischer Besitz nicht vorhanden ist, und also mit ihm auch die Hauptbedingung der Usucapio ermangelt. Dadurch wird aber nicht ausgeschlossen, dafs mit der körperlichen Besitzhandlung eines zum Besitzerwerb fähigen Subjects die Vermuthung des animi possidendi sich verbinde. Es erfordern die Gesetze eine deshalbige ausdrückliche wörtliche Erklärung keineswegs, sondern das positive *factum possessionis* spricht den Willen, besitzen zu wollen, hinreichend von selbst aus. Es ist auch gleichviel, ob das Subject, welches jene Besitzhandlung ausübt, vorher oder nachher erklärt: „er wolle besitzen;“ denn immer wäre ja dieses nur ein Zeugnifs in eigener Sache — über ein eigenes factum internum — mentem et cogitationem. Aber es ist dennoch möglich, dafs jenes Subject den animum possidendi nicht habe, und darum bleibt dem Gegner der Beweis des Abseyns offen. Wiederholen sich nun die nämlichen körperlichen Besitzhandlungen, in einem Zeitraum von zehn Jahren hindurch, offen, sciente et patiente domino, und das den Besitz körperlich ausübende, durch jene Wiederholung seinen Willen bestätigende, Subject müfste nach dem Abflufs jener Verjährungszeit auch noch besonders beweisen: „mit jenen körperlichen Besitzhandlungen habe er auch animum possidendi verbunden,“ so dürfte das ganze Institut der Usucapion ziemlich nutzlos werden. Gesetzt auch, die Besitzübung geschähe ohne bleibendes opus manu factum, z. B. nur durch Gehen, Reiten, Fahren u. dgl. über des Andern Grundstück, dieses wiederholte sich aber fortgesetzt, zehn Jahre lang, unter den Augen des Eigenthümers — sollte dieser wirklich nicht ahnen, dafs jener unbefangene Wandler, Reiter, oder Fuhrmann, zu dem Gehen, Reiten, oder Fahren, wohl sich befugt glaube? — Welche Indolenz! — Es ist übrigens diesen Orts nicht der Zweck, die hier eingreifenden Streitigkeiten über den Unterschied der serv.

der ſtrengen Vorſchrift der Römiſchen Geſetze meiſtens einen ſehr ſchwierigen Beweis über die bisherige Gebrauchsart erfordern, oder, wenn man es mit der Anwendung jener Geſetze, wie leider in praxi nur zu häufig geſchieht, minder genau nehmen will, immer eine Ungerechtigkeit wider den Eigenthümer zur Folge haben.

§. 2.

Das allgemeine preußiſche Landrecht kömmt in ſeinen Beſtimmungen über dieſe Materie hinſichtlich der erforderlichen Qualification des Quaſibeſitzes einer durch Verjährung zu erwerbenden Servitut mit den Vorſchriften des gemeinen Rechts überein; es verbreitet ſich aber zugleich ausführlicher über die Art, wie der Beweis der, zu einer ſolchen Verjährung erforderlichen, Beſchaffenheit der Beſitzhandlungen hergeſtellt werden kann.

„Bei der Erwerbung von Grundgerechtigkeiten — heißt es — muß beſonders nachgewieſen ſeyn, daß der Beſitzer des berechtigten Grundſtücks die ſtreitige Befugniß als ein wirkliches Recht, und nicht vermöge einer bloßen Vergünſtigung, in Beſitz genommen, und durch rechtsverjährte Zeit ununterbrochen ausgeübt habe“ [33]). Ferner: „Soll jedoch durch Handlungen der Beſitz eines negativen Rechts, (d. h. daß der Andere die Handlung ferner leide,) wirklich erlangt werden, ſo muß aus der Erklärung des Handelnden, oder aus den Umſtänden, die Meinung deſſelben, daß ihm ein ſolches fortdauerndes Recht wirklich zuſtehe, deutlich erhellen“ [34]). Dieſe Stelle, auf welche die zuerſt angeführte ausdrücklichen Bezug

---

contin. und discont., über die Collision des röm. und canon. Rechts in Hinsicht des Titels u. dgl., zu berühren. (Vergleiche Thibaut, P.R. §. 1031. ibi all.), sondern, da der Hr. Verfasser obiger Abhandlung Gründe für seine strenge Ansicht aus der Natur der Sache hebt, so bewegen sich auch diese Gegengründe nur in jenem Gebiet. Es sey nur noch hinzugefügt, dafs ein ähnliches Verhältnifs mit der erforderlichen bona fides vorhanden ist, als welche auch eines besondern Beweises nicht bedarf, haben die Besitzhandlungen die äufsern Merkmale der Redlichkeit. Mit dem Beweis eines Titels ist bekanntlich auch die präsumtive bona fides bewiesen, und in der Lehre der praesc. longi temp. der Servituten tritt die patientia domini an die Stelle des Titels. Thibaut, P.R. §. 1031. G.

33) Thl. II. Tit. XXI. §. 14.

34) Thl. I. Tit. VII. §. 82.

nimmt, gibt Aufschluß über die Art, wie das Erforderniß: „daß man eine Befugniß als ein wirkliches Recht, und nicht vermöge einer bloßen Vergünstigung, in Besitz genommen,“ bescheinigt werden kann; — nämlich durch die Erklärung des Handelnden, oder durch die Umstände, welche die Ausübung der streitigen Befugniß begleitet haben [35]). Es erfordern also beide Stellen deutlich genug eine besondere Qualification der Besitzhandlungen von Seiten des Verjährungslustigen zur Begründung einer Verjährung von Dienstbarkeiten, um dieses gesetzliche Erforderniß durch den bloßen Nachweis einer Duldung auf der Seite des Verpflichteten für erschöpft zu halten. Wenn daher das nämliche allgemeine preußische Landrecht an einem andern Orte [36]) verordnet: „Wer etwas thut, oder sich gefallen läßt, was ihm nachtheilig ist, oder zur Einschränkung seiner Rechte gereicht, der hat eine Vermuthung wider sich, daß bei einer solchen Handlung oder Duldung die Meinung einer vorhergehenden Verpflichtung zum Grund liege,“ so hätten nach meinem Ermessen die preußischen Gerichtsstellen nicht so unrecht, welche, um die Ehre des Gesetzes wider einen anscheinenden Widerspruch zu retten, die zuletzt erwähnte gesetzliche Vorschrift blos auf den Verpflichteten zogen, und hinsichtlich des Berechtigten bei dem klaren Inhalte der vorangeführten Gesetze stehen blieben. Anders wollte jedoch ein königl. preuß. Hofrescript vom 8. Nov. 1802. den Widerspruch dieser Gesetzesstellen vereinigen. Denn hier wird gesagt: „Wer ein factum ausübt, woraus in der Folge eine Grundgerechtigkeit wird, soll zwar nachweisen, daß er diese Befugniß als ein wirkliches Recht ausgeübt, aber dieß thut er nach obigem §. (107.) dadurch, daß er die Duldung des Verpflichteten nachweiset, der alsdann die gesetzliche Vermuthung wider sich hat, aus Meinung einer vorangehenden Verpflichtung geduldet zu haben. Mehr braucht und kann der Berechtigte nicht erweisen, nur die vitia possessionis, vis. clandestinitas, precarium. sind erweisbar. Hat diese Vermuthung auf den Verpflichteten Bezug, so hat sie auch Bezug auf den Berechtigten. Rechte und Pflichten sind unzertrennliche Correlata.“

Mag diese authentische Auslegung des angeführten §. 107. nach seinem allgemeinen Inhalte auch richtig seyn, so ist

---

35) Grade dieses ist auch der Sinn des röm. Rechts. Vergl. Note 17. u. 22. zu §. 1. pag. 89. f. G.

36) Thl. 1. Tit. VII. §. 107.

damit der Widerſpruch in denjenigen Geſetzen, welche ins besondere von der Verjährung der Dienſtbarkeiten handeln, noch keineswegs gehoben, und hier eines von den nicht gar ſeltenen Beiſpielen vorhanden, wo die allgemeinen Vorſchriften der erſten Titel des allgem. preuß. Landrechts mit den ſpecielleren Beſtimmungen der folgenden Titel über einzelne Rechtsmaterien in Colliſion kommen, und auf Zweifel führen. Ueberdieß ſteht der §. 82., auf welchen ſich bei der Materie von Verjährung der Dienſtbarkeiten ausdrücklich bezogen wird, in dem nämlichen Titel, aus deſſen §. 107. das beſagte Hof-Reſcript die eben angeführte Lehre über die Erforderniſſe dieſer Verjährung zieht, ohne auf die Beſtimmungen jenes doch vorangehenden §. Rückſicht zu nehmen. Es möchte daher weit conſequenter und dem Geiſte des ganzen Geſetzes angemeſſener ſeyn, wenn man von der erſten Geſetzesſtelle (§. 82.) ausginge, und den folgenden §. 107. hiernach ſo auslegte: „daß nur derjenige, welcher ſolche gegentheilige Handlungen, die den Beſitz eines negativen Rechts nach den Beſtimmungen des §. 82. begründen können, ruhig duldet, die Vermuthung wider ſich habe, daß bei einer ſolchen Duldung die Meinung einer Verpflichtung zum Grund liege.“ — Auf dieſe Weiſe iſt das Geſetz mit ſich ſelbſt in Uebereinſtimmung gebracht, und zugleich dem Begriffe der Duldung, auf welchem, wie auf der patientia der Römer, das ganze Fundament der Verjährung beruht, eine geſetzliche Beſtimmtheit gegeben [37]). Freilich wird die Frage, welche Handlungen denn von der Art ſind, daß ſie den Beſitz eines negativen Rechts begründen können, immer zu unzähligen Zweifeln Veranlaſſung geben [38]); allein nicht minder frucht-

---

37) Der §. 14. Thl. 2. Tit. 21. ſchließt den Beweis durch Vermuthungen nicht aus; dieses bestärkt der §. 28. Thl. 1. Tit. 7. verb. „nach Umständen“; und das Hofrescript vom 8. Nov. 1802, mit dem §. 107. Thl. I. Tit. 7., sprechen gewiſs von einer solchen Duldung, die mit Umständen verbunden ist, welche den Schluſs auf des Eigenthümers Meinung begründen, dieser habe des Andern Besitzhandlungen aus dem Gesichtspunkt eines Rechts betrachtet. So ist wohl kein Widerspruch in jenen einzelnen Bestandtheilen der preuſsischen Gesetzgebung erfindlich — alles aber mit dem röm. Recht harmonisch. G.

38) Dem arbitrio judicis, besonders in der Lehre vom Beweis, muſs jede menschliche Gesetzgebung gar manches überlassen! — G.

bar an Zweifeln dürfte die Ausnahme seyn, welche der §. 108: d. l. gegen die in dem vorhergehenden §. enthaltene allgemeine Präsumtion aufstellt, und wornach dieselbe durch „Vermuthungen, die sich aus persönlichen Verhältnissen, oder andern Umständen des vorliegenden Falls ergeben", wieder soll entkräftet werden können [39]).

§. 3.

Weit befriedigender aus dem Gesichtspunkte der Legislation, weit übereinstimmender mit den Aussprüchen des allgemeinen Rechts und der Billigkeit, sind daher, nach meiner Ueberzeugung, die Vorschriften des neuen französischen Gesetzbuchs über diesen Gegenstand, welche zugleich dem Geiste der ältern und reinern Römischen Gesetzgebung sich nähern.

Jene Vorschriften sind in dem II. Bd. IV. Tit. II. Abschnitt enthalten, und lauten also:

„Stätige und augenfällige Dienstbarkeiten erwirbt man durch Urkunde oder 30jährigen Besitz" [40]).

und

„Stätige, aber nicht augenfällige, sowie alle unstätige Dienstbarkeiten, diese mögen in die Augen fallen, oder nicht, kann man nur durch Urkunde erwerben" [41]).

Gerecht, bestimmt, und umfassend, ist diese gesetzliche Vorschrift

Denn

1) die Erwerblichkeit der Dienstbarkeiten durch Verjährung verdient an sich keine Begünstigung. Ueberhaupt ist, was auch Grotius, Pufendorf, und späterhin Kant, dagegen erinnern mögen, aus natürlichen Rechts-Principien schwer erklärbar, wie in der bloßen Fortdauer einer einseitigen Handlung der Entstehungsgrund eines rechtlichen Anspruches liegen soll [42]). Haben gleichwohl Rücksichten des Staatswohls die Gesetzgeber bewogen, diese Erwerbsart bei dem

---

39) Man sieht aus allem, dass der Beweis durch Schlussfolgerungen in diesem Rechtsgebiet in besondern Anspruch genommen wird — und es möchte das Bessere wohl schwer zu finden seyn, will man nicht die Rechtsmöglichkeit des Erwerbs einer Servitut durch langen Gebrauch ganz streichen, oder, wie das französ. Recht, besonders beschränken. G.

40) Art 690.

41) Art. 691.

42) Thibaut, über Besitz und Verjährung, Thl. II. Einleitung §. 1.

Eigenthume einzuführen, um die Ungewißheit und Unſicherheit derſelben und daraus entſpringende mannigfache politiſche Nachtheile zu verhüten, ſo konnten doch, wie ich oben gezeigt zu haben glaube, ſolche Rückſichten keinesweges im Allgemeinen und um ſo weniger eine Ausdehnung der fraglichen Erwerbsart auf Grunddienſtbarkeiten veranlaſſen, als dieſer Ausdehnung noch beſondere Gründe der Billigkeit entgegenſtehen. Der Eigenthümer, welcher ſeine Sache unbeachtet liegen läßt, und ſolche gleichſam der öffentlichen Nutzbarkeit entzieht, wird, kann man ſagen, mit Recht für dieſe gemeinſchädliche Nachläßigkeit durch den Verluſt des Eigenthums, und durch deſſen Uebertragung auf denjenigen beſtraft, welcher mittlerweile die Sache durch ſeine Benutzung dem öffentlichen Verkehr wieder eröffnet hat. Auf der andern Seite trägt die Abſicht des letztern auf Aneignung einer Sache, deren Eigenthümer ſeine Anſprüche darauf nicht zu erkennen gibt, nichts unerlaubtes an ſich; ja er verdient Lohn dafür, daß er die Sache vom Verderb, oder wenigſtens von einer zeitigen Nutzloſigkeit rettet. Der Gewinn auf der einen, wie der Verluſt auf der andern Seite läßt ſich vor dem Richterſtuhle der Billigkeit hinlänglich rechtfertigen. Der Eigenthümer hingegen, welcher einen Andern ſolche Handlungen auf ſeinem Eigenthume ausüben läßt, die ſein eigenes Benutzungsrecht an demſelben weder ausſchließen, noch weſentlich beeinträchtigen, macht ſich durch dieſe Duldung keiner zu ahndenden Fahrläßigkeit in Wahrung ſeiner Gerechtſame ſchuldig. Warum ſoll er dem Andern einen ihm für den Augenblick unſchädlichen Vortheil mißgönnen [43]? Es liegt alſo

---

43) Die poſitiven Geſetze zeigen ja ſelbſt auf Gefälligkeit gegen den Mitbürger hin, durch das Princip: quod tibi non nocet, alteri autem prodest, ad id potes compelli.

(Dieſes Princip würde freilich die Servituten eher vervielfältigen, als ihren Erwerb beſchränken; denn oft bedürfte es zum Erwerb nicht einmal einer Beſitzhandlung. Ein groſser Theil der Servituten iſt in der bürgerlichen Geſellſchaft wirklich faſt unentbehrlich — ihr Nichtſeyn würde viele gemein-ſchädliche Unbequemlichkeiten zur Folge haben. Ihr Erwerb muſs alſo möglich gemacht, jedoch weder zu ſehr erſchwert, noch zu ſehr erleichtert werden. Ein zehnjähriges reines Dulden der freien offenen Ausübung iſt doch ein factum, welches Einwilligung ausſpricht, und einem ausdrücklichen Vertrag gar wohl zur Seite geſtellt werden kann.) G.

eine sehr gesetzmäßige Gutmüthigkeit in dieser Duldung, welche aber ihrer Natur nach auf das beneplacitum beschränkt ist, und schlecht belohnt wird, wenn man aus der langen Fortsetzung derselben allein eine beständige Verbindlichkeit für den Eigenthümer ableiten will. Denn, was dem Eigenthümer für den Augenblick unschädlich oder wenigstens gleichgültig ist, kann in einem andern aufhören, es zu seyn. Durch die Gleichgültigkeit der fremden Handlungen für sein Interesse war seine Duldung bedingt, und, sobald die Handlung des andern jene Eigenschaft für ihn verliert, ist ihm auch nicht zu verargen, daß er seine, an keine ausdrückliche Erklärung gebundene, Erlaubniß wieder einziehe. Ueber die Gründe, welche ihn zu dieser Zurücknahme bewegen, hat er sich aber nicht etwa besonders zu erklären, oder gar zu rechtfertigen. Diese liegen oft in den individuellsten Verhältnissen, worüber Niemand ein Urtheil hat, als er selbst, und er zu keiner Rechenschaft gezogen werden kann. Ich habe z. B. einem Nachbar den Durchgang durch ein offenes, wenn auch bebautes, Feld verstattet, wodurch ohnehin ein Fußpfad führt. Der Durchgang eines Fremden konnte mir damals überall nicht beschwerlich seyn, ich lasse ihn also ruhig geschehen. Nun will ich aber dieses nämliche Feld zu einer Obstbaumpflanzung, oder irgend einem andern Gebrauche, benutzen und schließen. Mein Interesse erlaubt den Durchgang fremder Personen nicht mehr. Warum sollte nun das Interesse des Eigenthümers dem fremden nachstehen? Ferner: ein Gutsherr hat seinen Unterthanen die Mithuthung in seinen Waldungen stillschweigend nachgelassen, so lange er selbst sein Vieh darin hütete. Nun aber überzeugt er sich von der öconomischen Schädlichkeit der Waldhuthung überhaupt, er will solche ganz abschaffen, und läßt sein eigenes Vieh nicht mehr in die Waldungen treiben. Und er sollte an der Ausführung jenes nützlichen Plans gehindert seyn, um Fremden einen Vortheil zu überlassen, auf den er selbst verzichtet [44])? Wie oft gründen sich endlich dergleichen Verwilligungen auf persönliche Verhältnisse, welche in der Folge der Zeit nicht mehr vorhanden sind, und mit welcher auch die Begünstigungen zurückgenommen werden mögen, die man nur unter Voraussetzung derselben verstattet hat? Wie häufig tritt

44) Wehe dem Staat, in welchem der Besitzstand deshalb sofort sich vernichten liefse, weil sein Nichtseyn einem einzelnen Eigenthümer, oder mehreren Mitbürgern, vortheilhaft seyn würde! — G.

wieder unter Gutsherren und ihren Hintersaßen ein solcher gegenseitiger Austausch von Gefälligkeiten ein, ohne daß gerade darüber urkundliche Festsetzungen vorhanden sind? Die Gefälligkeiten des einen Theils können aus irgend einer Ursache längst aufgehört haben — und der andere sollte auf immer zu den seinigen verpflichtet seyn? [45]) Eine Entschädigung für das Vergangene kann freilich der Verwilligende nie fordern, aber mit schnödem Undank wird meistens sein guter Wille belohnt werden, wenn ihm solcher eine verbindliche Last für alle, und somit auch für diejenige Zeit aufladen soll, wo ihm die sonst für gleichgültig erachtete, und nur darum geduldete, Handlung des Andern anfängt beschwerlich zu werden. Die Stimme der Billigkeit kann in diesem Falle so wenig den Verlust des einen, als den Gewinn des andern gutheißen; die Erwerbungsart von Grundgerechtigkeiten durch langen Gebrauch kann nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen nicht unbedingt in Schutz genommen werden. In einem günstigern Lichte erscheint jedoch derjenige, welcher zum Behufe der lange fortgesetzten Ausübung einer Handlung in einem fremden Eigenthume kostbare und dauernde, dabei in die Augen fallende, Vorrichtungen angelegt hat, mit dem Anspruche, daß ihm die Erlaubniß zur Fortübung dieser Handlung auch fernerhin gestattet werde. Denn, gleichwie er seine Absicht auf eine fortdauernde Ausübung seiner Handlung durch die unternommenen, bleibenden und augenfälligen, Anstalten deutlich zu erkennen gibt, so entsteht dadurch auf der Seite des Eigenthümers nunmehr eine dringendere Veranlassung, sich den fremden Unternehmungen, welche offenbar mit der Miene des rechtlichen Anspruches auftreten, sofern er nicht gemeint ist, sich dadurch eine bleibende Last auflegen zu lassen, gleich im Anfange zu widersetzen, um durch eine unverwahrte Zulassung den andern nicht zu Auslagen zu verleiten, welche er auf die Gefahr einer widerruflichen Vergünstigung sich nicht so leicht gemacht haben würde. Die Nachsicht in Zulassung solcher in die Augen fallenden Handlungen, zumal wenn solche ununterbrochen fort wirksam sind, artet in eine wahre Fahrläßigkeit des Eigenthümers aus, wenn er dieselbe nicht bei Zeiten durch seinen Widerspruch oder eine Verwahrung unterbricht, und auf seinem gleichgültigen Stillschweigen vollends

45) Der Beweis bloser Gefälligkeit stehet jedem offen — auch gibt es eine clausula *rebus sic stantibus*, jedoch in ihren eigenen Rechtsgränzen. Thibaut, in dem Syst. des PR. §. 24. und 992. G.

gar während einer längern Zeit beharret. Hier also, aber nur hier, mag die Erwerbung von Grunddienstbarkeiten durch langen Gebrauch sich rechtfertigen.

2) Jene Vorschrift des französischen Gesetzbuchs befriedigt auch jede Forderung, die man in practischer Hinsicht an eine gute Legislation machen kann. Es beruhet der Vorzug einer Gesetzgebung vor allem a) darauf, daß ein Gesetz den allgemeinen Grundsätzen des Rechts und der Billigkeit entspreche, dann den Bedürfnissen des geselligen Lebens und den höhern Zwecken des Staatsvereins genüge. Daß aber diese letztere Rücksichten die Erwerblichkeit von Servituten durch langen Gebrauch nicht verlangen, ist im Eingange dieser Abhandlung gezeigt [46]), und daß jene Grundsätze dieselbe nicht unbedingt in Schutz nehmen, vielmehr durch die beschränkenden Dispositionen des französischen Gesetzbuchs hierunter vollkommen befriediget werden, ist ebenfalls bereits nachgewiesen worden. Von diesen materiellen Vorzügen kann also hier weiter nicht mehr die Rede seyn. Allein ein anderer, nicht minder wesentlicher, Vorzug eines Gesetzes wird b) in der Tauglichkeit desselben bestehen, künftigen Streitigkeiten möglichst vorzubeugen, und die Entscheidung derjenigen, welche dennoch entstehen möchten, möglichst zu erleichtern: Dieser Vorzug wird hauptsächlich durch geschickte Fassung und Zusammenstellung der Gesetze, und durch eine kluge Berechnung derselben auf ihre Anwendung im practischen Leben erreicht werden. Jene Erfordernisse bilden den theoretischen, und führen zu dem practischen Theil der Gesetzgebungs-Wissenschaft und Klugheit.

Jede Gesetzgebung ist gleichsam ein vorsorglicher Friedenstractat zwischen dem beständig widersprechenden und sich reibenden Interesse der Menschen; und wenn auch der ewige Rechtsfriede unter den einzelnen Menschen, wie unter Völkern, ein Ideal bleiben wird [47]), so ist es doch ein Ideal,

---

46) Die von Servituten schweigende L. 1. Dig. de usurp. et usuc. schliesst nicht aus, dass die Gesetzgebung auch die Erwerblichkeit der Servituten durch Verjährung für nöthig und nützlich halte für das innere Verhältniss der Staatsbürger und deren Besitzthum. Das Gestatten und Reguliren eines solchen Erwerbs von Seiten der Gesetzgebung spricht vielmehr deren Ueberzeugung aus, dass sie ihn billigen und verlangen müsse. G.

47) propter naturalem hominum ad dissentiendum facultatem. l. 17. §. 6. ff. de recept. arbitr.

dem wir hier, wie dort, beſtändig uns annähern ſollen, und nicht beſſer uns annähern können, als durch eine zweckmäßige Faſſung der Geſetze, die nicht, wie ein trügeriſcher Friedenstractat, den Keim neuen Zwiſtes ſchon in ſich tragen [48]).

Zu den unverkennbaren Vorzügen der franzöſiſchen Geſetzgebung in der erwähnten Hinſicht gehört die Nothwendigkeit des in den meiſten Fällen verordneten ſchriftlichen, und die möglichſte Verdrängung des Zeugen-Beweiſes, dieſes zweideutigen Mittels zur Erlangung einer erſchöpfenden und vollſtändigen juriſtiſchen Probe, ſobald das Beweisthema aus dem Kreiſe der unmittelbaren ſinnlichen Wahrnehmung tritt [49]), dieſer unſeligen Quelle und Nahrung endloſer Streitigkeiten, welche der feſte Buchſtabe der Schrift nie veranlaßt, oder leicht gelöst haben würde [50]). Nach dem franzöſiſchen Recht ſind alle unſtätige, und von den ſtätigen alle nicht in die Augen fallende Dienſtbarkeiten, allein durch Ur-

---

48) Vergl. Gönners Archiv u. ſ. w. B. 1. S. 117. Mehrere Beiſpiele werden hier erörtert, in welchen die franzöſ. Geſetzgebung obigen Zweck glücklich erzielte.

49) Dann hören auch nach römischem, canon., und teutschem Recht, die Zeugen auf, dieses zu seyn. Durch den Zeugen kann man nur die Thatsache beweisen, welche er mit seinen eigenen äusern Sinnen percipirte, und, als so aufgefaſst, wieder erzählt. Der Zeuge ist eine lebendige Urkunde, und die Urkunde ist ein todter Zeuge. G.

50) Gnade Gott, wenn man immer die Feder hinter dem Ohr, und das Dintenfaſs in der Hand oder in der Tasche haben soll! — Das einträgliche Enregistrement hat manche französische Urkunde geschaffen — vielleicht auch, daſs die französische Gesetzgebung besondere Gründe hatte, den Zeugen weniger zu trauen, als die teutsche Gesetzgebung dem teutschen Zeugen noch trauet! — Daſs es besser sey, ein schriftliches Geständniſs des Gegners, von der Obrigkeit bestätiget und beglaubiget, zu besitzen, wer möchte dieses bezweifeln. Allein daraus folgt nicht, daſs der Staat wohl thue, wenn er den Zeugenbeweis da abschneidet, wo nicht ganz besondere Gründe das Papier erheischen. Bei dem Erwerb der Servituten treten deren keine ein. Aus den nämlichen Gründen, welche der Hr. Verfasser oben anführt, könnte man bei allen Rechtsgeschäften den Zeugenbeweis verbannen, und der ganze Staat würde noch zu Papier. G.

kunden erwerblich, und nur bei ſtätigen und augenfälligen Servituten wird eine Erwerbung durch langen Gebrauch zugelaſſen, und es kann ſomit auch nur in dieſen Fällen von einer Beweisführung durch Zeugen die Rede ſeyn. Unter den dabei eintretenden Umſtänden iſt auch dieſe Beweisart weniger bedenklich, oder ſie iſt vielmehr nur eine Zugabe zu einem ſchon vorhandenen untrüglichen Beweismittel, dem Augenſcheine, mit welchem zugleich der Zeugen Ausſage ein ſicherer Anhaltspunct gegeben iſt. Dieſe Ausſage hat ſich nun meiſtens nur über die Zeit der Exiſtenz jener in die Augen fallenden Anſtalten näher zu verbreiten, einen Umſtand, welcher überdieß nicht nothwendig durch Zeugen erwieſen werden muß, ſondern auch noch anderer Beweisarten empfänglich iſt. Wenn z. B. ein Dachtraufrecht auf das Grundſtück eines andern behauptet wird, und die zu dieſem Behufe erforderlichen Vorrichtungen vorhanden ſind, ſo bedarf es in Ermangelung ſchriftlicher Urkunden zum Beweiſe der bisherigen Ausübung eines diesfälligen Rechtes lediglich der Nachweiſung darüber, daß dieſe Vorrichtungen ſeit rechtsverjährender Zeit vorhanden geweſen ſind, alſo über eine reine Thatſache, worüber keine Ausſage ſchwankend oder zweideutig ſeyn kann. Ganz anders verhält es ſich mit der andern Gattung von Servituten, und äußerſt ſchwierig wird hier der Beweis eines langjährigen Beſitzes derſelben. Der Grund hievon liegt

α) theils ſchon in dem oben berührten immer ſchwankenden Begriffe von dem Beſitze einer ſolchen Dienſtbarkeit an ſich [51]). Wenn dort in den zur Ausübung der Servitut erforderlichen augenfälligen Anlagen der Zeuge einen feſten Halt für ſeine Ausſagen hat, und in der ihrer Natur nach ununterbrochenen Ausübung die Gewißheit von der ſtäten Fortdauer des Gebrauchs liegt, ſo gebricht es ihm hier, z. B. bei der servitus viae, actus, itineris, an jedem ſichern Leitfaden, und er muß aus einzelnen Vorgängen, die er geſehen, auf das, was er nicht ſelbſt erfahren, ſchließen [52]). Seine Ausſage wird und muß unbeſtimmt ſeyn [53]), und kann

---

51) L. 14. ff. de servit.

52) Nein! schliefsen — urtheilen — soll und darf kein Zeuge — sein Schluſs — sein Urtheil — ist dem teutschen Recht — eine Nulle. G.

53) Keinesweges! Der Zeuge kann bestimmt aussagen: daſs, wann, und wie, er den A. über des B. Grundstück fahren, Vieh treiben, oder gehen sehen — hat er es wirklich mit eige-

ihr Hauptthema, die Art der Ausübung, nicht erschöpfen. Selbst augenfällige Servituten, welche nicht zugleich im Sinn des neuen französischen Gesetzes vom Jahr 688. ununterbrochen wirksam oder stätig sind, entbehren den Charakter der Authencität zu einer sichern Anleitung des Zeugenbeweises. Die äußern Anstalten zur Ausübung einer angeblichen Grunddienstbarkeit, z. B. der geöffnete Durchgang über das Grundstück eines Nachbars, können vorhanden seyn, aber es bleibt ungewiß, wer ihn geöffnet habe, zu welchem Zwecke er geöffnet worden sey — der Zeuge kann aus dessen selbst mehrmaligem Gebrauche nicht wissen, ob dieser Gebrauch noch fortdaure, ob solcher während der ganzen Verjährungsfrist ununterbrochen fortgedauert habe [54]). So dachte wohl auch der Römer zu aller Zeit [55]). Man darf in der That nur einige Erfahrung in den Gerichtshöfen haben, um sich von der Trüglichkeit des Zeugenbeweises in dieser Materie recht lebhaft zu überzeugen [56]). Wie gewöhnlich spricht der Zeuge das ihm in den Mund gelegte Zeugniß: „daß dieser oder jener die fragliche Handlung als ein Recht ausgeübt habe", blind-

---

nen Augen gesehen. Fehlt ihm diese *ratio scientiae*, so ist er in dem Gebiete der langen Verjährung kein Zeuge. Note 52. 54. 56. 57. u. 58. G.

54) Nicht doch! Der Zeuge soll ja nicht über den Zweck der Thür urtheilen, sondern, auf vorgelegte Suggestivfragen, antworten, dafs er ein benanntes Subject aus jener Thür heraus, oder durch jenen Eingang, auf des andern Eigenthum gehen sehen, auch wann, und wie oft, er dieses gesehen habe — abermals auf bestimmte factische Fragen. So wie übrigens Ein Zeuge zum Beweis der Verjährung überhaupt nicht hinreicht, so hängt ja die Wirkung der Zeugenaussagen auch noch von deren Umfang und Bestimmtheit der bekundeten Besitzhandlungen ab, von deren Dauer u. s. w. Ueber diese factischen Grundlagen (factische Beweisgründe) reflectirt und urtheilt dann erst das Gericht, ob in ihnen die factischen Bedingungen der gesetzlichen Verjährung liegen. G.

55) Vergl. a. h. L. 14. cit. de serv.

56) Dieses ist nur dann möglich, wann der Begriff, das Wesen, die gesetzliche Qualität, einer Zeugen-Aussage verkannt, oder so dargestellt wird, wie es von dem Herrn Verfasser in der obigen Abhandlung zur Vertheidigung seiner Ansicht geschiehet. G.

lings nach [57]), ohne zu bedenken, was das heiße, „eine Handlung als ein Recht ausüben“, und wie mancher bequemer Richter schreibt diese Aussage ebenso unbedenklich nieder, und nimmt sie zur Grundlage seines Urtheils [58]), ohne zu fragen, woher denn der Zeuge zu jener anmaßenden Behauptung komme — und so werden oft bleibende und nicht selten die wichtigsten Rechte ein Spiel oberflächlichen Urtheils, und das Opfer unbestimmter Gesetze [59]).

Ein fernerer Grund, welcher, wie überhaupt den langen Gebrauch als Erwerbmittel von Grunddienstbarkeiten, so insbesondere den Zeugenbeweis zur Bekundung desselben bei allen außer den im neuen französischen Gesetzbuche aufgenommenen Servituten ausschließen sollte, ist

β) die Nothwendigkeit, den Umfang solcher Rechte nach allen Beziehungen genau zu bestimmen, um in deren Ausübung nicht täglich auf neue Schwierigkeiten zu stoßen. Diese Bestimmung ist überflüssig bei stätigen und augenfälligen Servituten. Die ihrer Natur nach ununterbrochene Fortdauer der Ausübung bedarf keiner Zeitbestimmung, und die Anlagen, welche der Gebrauch derselben erfordert und voraussetzt, bezeichnen zugleich die Grenzen ihres Umfangs. Unstätige und nicht in die Augen fallende Servituten sind dagegen sehr abweichend, sowohl hinsichtlich der Zeit der erlaubten Ausübung, als überhaupt der Art und des Umfangs derselben. Soll eine Erwerbung dieser Rechte durch langen Gebrauch statt finden, so muß auch strenge auf dem Grundsatze bestanden

---

57) Wohl! wenn der Zeuge blindlings nachspricht: „die Handlung sey als ein Recht ausgeübt worden“, so ist und bleibt er hierunter für den juristischen Richter ein blinder Zeuge, von welchem sich nur ein Richter führen läßt, welcher noch blinder ist, als jener Zeuge. G.

58) Dann ist der Richter nicht blos bequem, sondern ein blinder Ignorant, welchen man von dem Richterstuhl, als dessen unwürdig, hinwegjagen muss. Thatsachen, d. h. äussere Handlungen, die er sahe, wörtliche Aeusserungen, die er hörte, soll der Zeuge aussagen. Ob nun diese Handlungen und Aeusserungen die gesetzlichen Merkmale und Bedingungen eines Rechts sind, das soll und darf der Richter nicht von dem Zeugen lernen, sondern aus dem Gesetzbuch. G.

59) Die Unwissenheit der Richter wäre es, welche das Recht gefährdet — nicht die Gesetze sind hiervon der Grund. G.

werden: in tantum praescriptum, in quantum possessum. Wie ungemein wird aber dadurch die Schwierigkeit des Beweises einer ſolchen Verjährung vermehrt? Nehmen wir hier wieder die Hüthungsgerechtigkeit als Beiſpiel. Zeit und Dauer, Ordnung der Huthung, Anzahl und Art des vorzutreibenden Viehes, erfordern die ſorgfältigſte Beſtimmung [60], welche, um allen Anſtoß in der Ausübung zu beſeitigen, wohl nur durch urkundliche Feſtſetzungen erzielt werden kann. Denn, welche umſtändliche Genauigkeit muß ein Zeuge in ſeine Beobachtungen und Ausſagen legen, wenn ſie zu dieſem Zwecke erſchöpfend ſeyn ſollen [61], wie ſelten wird hierunter eine völlige Uebereinſtimmung in mehreren Zeugenausſagen ſtatt finden, und wie wenig tauglich werden ſie meiſtens zu einer ſichern und gerechten Grundlage einer umfaſſenden Norm für die Zukunft ſeyn! [62]. Zwar ſuchen die Geſetze in dieſer Hinſicht durch allgemeine Vorſchriften in Ermangelung ausdrücklicher ſpeciellen Beſtimmungen nachzuhelfen, wie z. B. in dem allgem. preuß. Landrecht, Thl. I. tit. XXII. hinſichtlich aller Grundgerechtigkeiten, und in dem §. 80. ff. daſelbſt hinſichtlich des Hüthungsrechtes insbeſondere geſchieht; allein jene allgemeinen Vorſchriften ſollen ihrer Beſtimmung nach doch nur ſubſidiariſch ſeyn, und bei einer Erwerbung der Grundgerechtigkeiten durch langen Gebrauch wird es doch immer zuerſt auf den Beſitz oder auf den Umfang der bisherigen Gebrauchsweiſe ankommen, und eben von der Schwierigkeit eines ſichern Beweiſes der bisherigen einförmigen Gebrauchsweiſe iſt hier die Rede. Selbſt aber durch die Anwendung jener für den Fall ermangelnder ſpeciellen Beſtimmungen ertheilten allgemeinen Vorſchriften iſt die Ungewiß-

---

60) Dafür muſs die Gesetzgebung Sorge tragen. Sie bestimmt den Begriff und den Umfang der einzelnen Arten der Servituten, und diese Bestimmung für das Allgemeine sichert Friede und Entscheidung weit mehr, als der Regel nach die Urkunde, die doch auch nicht alles haarklein aufzählen kann, ohne den Stoff zu Streitigkeiten lästig zu vermehren.

61) Man sehe Note 52. 53. 54. 56. 57. 58. G.

62) Dieses alles würde zur Verhinderung, nicht aber zur Beförderung der Servituten, oder zu deren leichtern Beweis durch Zeugen führen. Können diese solche Besitzhandlungen nicht aussagen, wie solche das Gesetz zu dem Daseyn der Verjährung fordert, gut, so ist die Servitut nicht bewiesen, und der Eigenthümer frei von ihrer Last. G.

heit noch lange nicht gehoben. Der §. 90. a. a. O. des allgem. preuß. Landrechts z. B. will die Anzahl des vorzutreibenden Viehes nach dem Maßstabe der Menge bemessen wissen, welche man mit dem von den berechtigten Grundstücken gewonnenen Futter durchwintern kann; häufig aber wird gerade darüber ein Zweifel entstehen, welches dann die berechtigten Grundstücke sind, die das Recht durch Verjährung erworben haben, und deren Umfang sich durch Kauf, Tausch, und ähnliche Besitzveränderungen während dem Laufe der Verjährungsfrist, mehrmals geändert haben kann. Aehnlichen Zweifeln wird ferner immer der Fall unterliegen, wenn eine ganze Communität eine Grunddienstbarkeit durch Verjährung erworben haben will, und zu diesem Behufe sich auf die während der Verjährungszeit von einzelnen Gemeindegliedern ausgeübte Gebrauchshandlungen bezieht. Wie soll dieser Gebrauch einzelner Gemeindeglieder einen Besitz der ganzen Communität begründen, welche Qualifikationen der Gebrauchsweise werden erfordert, um solche zur Begründung eines Besitzstandes der ganzen Gemeinde zu erheben? Von welchem Zeitpuncte an entsteht aus den Besitzhandlungen einzelner Mitglieder einer Gemeinde der Besitz der ganzen Communität? Es wäre doch wahrlich eine mit nichts zu rechtfertigende Härte, unbedingt der Duldung solcher einzelnen Besitzhandlungen die Kraft der Erwirkung eines Gemein-Besitzes zustehen zu wollen. Ich erinnere mich eines Rechtsfalles, da von Seiten des Verpflichteten wider die verjährungslustige Gemeinde behauptet wurde, „daß, um einen solchen Gemeinbesitz zu erwerben, die ganze Gemeinde, ihr Vorsteher an der Spitze, von der strittigen Gerechtigkeit hätte Besitz ergreifen müssen“, und ich getraute mir, die Rechtmäßigkeit dieses Verlangens eher durchzufechten, als die unbedingte Behauptung der oben erwähnten entgegengesetzten Meinung. Auch wurde in judicando wenigstens in soweit darauf Rücksicht genommen, daß die angeblich verjährte Grundgerechtigkeit nur auf die dermaligen Gemeindeglieder, oder vielmehr, da die Grundgerechtigkeiten an dem Grund und Boden, nicht an der Person des Besitzers kleben, auf die Besitzer der dermaligen Gemeindegründe beschränkt wurde [63]). Nehme man end-

---

68) Was insonderheit dazu gehöre: *a*) „durch Besitzhandlungen die Verjährung gegen eine Gemeinheit als corpus zu begründen,“ oder *b*) „wie eine moralische Person besitzen, und durch Besitz erwerben könne,“ das lehren bekanntlich eigene Rechtsprincipien.

lich das bereits oben erwähnte Beispiel, daß jemand einem Nachbar nur so lange, als er selbst sein Vieh auf einen ihm eigenthümlichen Platz getrieben, die Mithüthung verstattet habe, nunmehr aber selbst von der Hüthung keinen Gebrauch mehr machen will, ist er nun, der Modification des fremden Besitzes auf eine bloße Mithüthung ungeachtet, verbunden, sich die fernere alleinige Ausübung des Fremden gefallen zu lassen? [64]) Solche und ähnliche Zweifel folgen nothwendig aus der mehr oder minder schwankenden und unbestimmten Natur des Besitzes jeder nicht stätigen und nicht in die Augen fallenden Servitut, und werden glücklich von einer Gesetzgebung vermieden, welche dergleichen Gerechtigkeiten nur durch urkundliche Festsetzungen, mit Ausschluß der Erwerbung durch bloßen langen Gebrauch, entstehen läßt.

Endlich dürften diese Vorschriften

3) dem Geiste der Römischen Gesetzgebung über diese Materie sich mehr nähern, als es nach der gewöhnlichen Darstellung derselben scheinen möchte. Diese Materie gehört offenbar unter die schwierigern der Römischen Rechtstheorie, weil die Gesetzgebung über dieselbe sich nicht gleich geblieben ist, und mehrmals gewechselt hat. Die Auffindung der neuesten Rechtsgrundsätze wird aber dadurch um so mehr erschwert, als in die Römische Gesetzessammlung Gesetze aus allen diesen verschiedenen Rechtsperioden aufgenommen worden sind. Nach meinem Ermessen waren jene scharfsinnigen Juristen damals auf dem richtigen Wege, als durch ein ausdrückliches Gesetz der Grundsatz aufgestellt wurde: ut servitutes per se nusquam longo tempore capi possint [65]), wovon Paulus an dem oft angeführten Orte [66]) den treffenden Grund angibt, „weil die Servituten keines sichern und ununterbrochenen Besitzes fähig seyen". Dieser für das Unpassende der Erwerbsart durch langen Gebrauch auf solche Servituten wenigstens, welche ihrer unstätigen Natur nach keine conti-

64) Gewiss wäre es mit einer guten Gesetzgebung unverträglich, den nicht precario erlangten Besitz der Mithut von einer öconomischen Speculation des Eigenthümers des Grundstücks abhängig zu machen. Will er eine Benutzung unterlassen, so mag er es thun. Zu tausend Chikanen aber würde es führen, dürfte jener Eigenthümer das Gesetz aussprechen: „da ich nicht so benutzen will, so sollst du auch nicht benutzen." G.

65) L. 10. §. 1. ff. de usurp. et usuc. l. 4. §. fin. ff. eod.

66) L. 14. ff. de servit.

nuirliche und einförmige Ausübung zulaſſen, auch völlig entſcheidende Grund unterliegt daher dem wegwerfenden Urtheile nicht, welches Glück [67]), nach Anleitung früherer Autoritäten, darüber fällt. Der nämliche Grund war es vielmehr, warum angeſehene Civiliſten die servitutes discontinuas ſelbſt nach den Vorſchriften der Römiſchen Geſetze nur durch eine unvordenkliche Verjährung in Ermangelung eines Titels erwerben laſſen wollten, oder vielmehr, da der Beſitz, cujus memoria non extat, nur mißbräuchlich unter dem Namen der Verjährung erſcheint, welche immer einen Erwerb durch einen beſtimmten Zeitablauf vorausſetzt, dieſelbe von dieſer Erwerbsart ganz ausſchloßen [68]). Dieſe Meinung war auch nach dem Zeugniſſe eines Gail, Mynſinger, Cramer u. a. bei dem ehemaligen Reichsgerichte geltend, und hat in dem Baieriſchen Civilgeſetzbuche P. II. c. VII. §. 5. ausdrückliche geſetzliche Kraft erhalten. Hier wird nämlich gleichfalls zwiſchen servitutibus continuis und discontinuis ein Unterſchied gemacht. Jene, die servitutes continuae, werden unter Anweſenden binnen zehn, unter Abweſenden binnen 20 Jahren verjährt, ſofern hierbei entweder ein hinlänglicher Ankunftstitel, oder, daß der Gegentheil ſolches gewußt und geſtattet habe, hinlänglich bewieſen werden kann. In vierzigjähriger Präſcription bedarf man jedoch bei dieſen Servituten weder den Titel, noch die gegentheilige scientiam et patientiam darzuthun. *Servitutes discontinuae* hingegen verjähren ſich eher nicht, als nach unvordenklicher Zeit, ausgenommen, wenn man nebſt einem tauglichen Titel auch scientiam et patientiam beweiſen kann, in welchem Falle die Verjährung von resp. 10 und 20 Jahren ſtatt findet. Uebrigens wird dieſen geſetzlichen Beſtimmungen noch ausdrücklich hinzugefügt, „daß bei allen Verjährun-

---

67) in der Erläut. der Pand. nach Hellf. B. 9. S. 112.

68) At alii — ſagt *Mevius*, in Decis: Tit. II. P. IX. Dec. 164. — nimis *durum* et *iniquum* putarunt, ut dominus, qui ex jure dominii fundatam intentionem habet, servitutem perpetuam ideo tolerare cogeretur, quod per illud tempus alter fundo suo usus sit, cum id seu vi, seu clam, seu vicinitatis jure, seu familiaritatis causa fieri potuerit, visumque nec *cum bona* fide aliquem, qui ejus titulum non habet, hoc posse 30 annis praetendere, ideo nec praescribere. Non aliter igitur praescriptionem sine titulo admiserunt, quam si per tempus, cujus initii non extat memoria, quis servitute discontinua usus esset.

gen der Dienſtbarkeiten ohne Unterſchied erfordert werde, daß man ſich derſelben in Meinung, eine rechtliche Befugniß dadurch zu erlangen, jure servitutis bedient habe", welches jedoch niemals präſumirt wird, ſondern bewieſen werden muß, es ſey denn bereits ein langer, wenigſtens zehnjähriger, Gebrauch vorhanden, in welchem Falle der Gegentheil den Beweis des Precarii übernehmen muß. Die Kreitmayerſchen Noten zu dieſer Geſetzesſtelle beweiſen, daß man dabei im Allgemeinen die Vorſchriften des gemeinen Rechts und den diesfälligen beſonders reichsgerichtlichen Gerichtsgebrauch zum Grunde gelegt habe; allein, daß auch dieſe geſetzlichen Unterſcheidungen nicht alle legislative Bedenklichkeiten heben, ergibt ſich aus dem, was oben ausgeführt worden.

Und der nämliche Grund iſt es auch, welcher, wie uns die Discuſſionen über das neue franzöſiſche Geſetzbuch belehren, die Verfaſſer deſſelben veranlaßte, die Erwerbsart durch langen Gebrauch hinſichtlich unſtätiger Servituten für ganz unzuläßig zu erklären, und ſelbſt zu dem Erwerbe von ſtätigen einen längern Gebrauch zu erfordern, als ſonſt zu dem Erwerbe des Eigenthums einer Sache vonnöthen iſt [69]).

Obgleich ferner die ſpätere römiſche Geſetzgebung von dem Grundſatze des Scriboniſchen Geſetzes wieder abwiche, und dem Erwerbe durch langen Beſitz auch bei Servituten den Eingang eröffnete, ſo iſt es doch auffallend, wenn die Geſetze [70]) hierunter meiſtens auf Beiſpiele ſich beziehen, wo von Servituten die Rede iſt, welche ſtätig und mit in die Augen fallenden Anſtalten verbunden ſind, ſich wegen der dabei eintretenden Oeffentlichkeit des Beſitzes, wie gezeigt worden, weit unbedenklicher zu einem Erwerbe durch langen Gebrauch eignen, und daher auch allein von dem franzöſiſchen Geſetze zu dieſer Erwerbsart zugelaſſen wurde. Wenn nun gleich dieſe Beſchränkung bei der allgemein lautenden Vorſchrift anderer Stellen, welche die Acquiſition der Servituten durch langen Gebrauch ohne Ausnahme zu laſſen, ſich nach dem buchſtäblichen Inhalt der Geſetze nicht wohl rechtfertigen laſſen möchte, ſo iſt ſie doch dem Geiſte der früheren und beſſern Geſetzgebung angemeſſener, gegen welche die Erwerblichkeit der Servituten durch langen Beſitz nur allmählig

---

69) *Maleville*, Analyse raisoné de C. N. T. II. pag. 140 sq.

70) L. 2. Cod. de servit. et aqua. L. 10 ff. si servit. vind. L. 1. 20. pr. de serv. praed. urb.

eindringen konnte [71]). Eine Reviſion dieſer Geſetze wäre daher ſehr erſprießlich, und eine Nachahmung der desfallſigen franzöſiſchen Geſetze ſcheint mir, aus den angeführten Gründen, dem Gemeinwohl ſehr zuträglich zu ſeyn.

XII.

Einiges*) über die Reſtitutionen in dem Gange des Civilproceſſes, inſonderheit gegen eröffnete, dem Ablauf der Zeit nach rechtskräftige, richterliche Entſcheidungen.

Von Genſler.

§. 1.

Will man ſich in dem Gebiete derjenigen Arten der Wiedereinſetzung in den vorigen Rechtsſtand — restitutio in integrum — welche als der Anfang des Proceſſes, in deſſen Lauf, und nach ſeiner regelmäßigen Beendigung,

71) Diese Meinung, nach welcher man zwischen continuis und discontinuis servit. unterscheiden sollte, ist sehr alt, aber nachher leider wieder fast untergegangen. S. *Donellus* in Comment. Lib. XI. cap. 11.

*) Eine erſchöpfende Darſtellung, als reine Geburt meines eigenen Ideengangs, möchte ich nicht wagen, wäre mir auch Zeitmangel kein unüberſteigliches Hinderniß. Meine Bemerkungen ſind daher mehr Bruchſtücke, auch großen Theils Hindeutungen auf meiner Anſicht bereits vorausgegangene Beleuchtungen. Aufrichtig geſtehe ich, daß die unſelige Miſchung des römiſchen, päbſtlichen, und teutſchen Rechts hierunter oft einen Schleier vor meinen Blick ziehet, durch welchen ich noch zur Zeit weniger klar ſehe, als Andere ihrem Geiſtesauge wohl zutrauen. Soll ein aus dreierlei, ſo ziemlich heterogenen, Geſetzgebungen zu-